

Grau en Dret
Treball de fi de Grau (21067/22747)
Curs acadèmic 2020-2021

**ORGANITZACIONS, GRUPS CRIMINALS I
COAUTORIA**
LA DELIMITACIÓ DE LA DELINQUÈNCIA PLURISUBJECTIVA

Eric Siles Camps
205248

Tutor del treball:
Mariona Llobet Anglí



DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, Eric Siles Camps, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, soc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Eric Siles Camps
Calafell, a 3 de maig del 2021

Sumari

-

Des que l'any 2010 es van introduir en el Codi Penal els delictes d'organització i grup criminal s'han plantejat davant els òrgans jurisdiccionals qüestions molt diverses sobre l'abast d'aquests tipus penals. Amb aquest treball es busca contribuir a la delimitació d'aquestes dues figures entre elles i amb la codelinqüència, prenent la jurisprudència del Tribunal Suprem dels darrers deu anys com a referència principal.

En aquest treball s'elaborarà un estat de la qüestió sobre la diferenciació d'aquests tipus penals sobre la base de la seva regulació legal, tot tenint en compte els quatre elements típics que configuren el delicte d'organització criminal i que són essencials també per delimitar el grup criminal i la coautoria, tot tenint en compte aportacions doctrinals que esclareixen qüestions sobre les quals el Tribunal Suprem no s'ha arribat a pronunciar. A més, es plantejaran algunes qüestions importants que contribueixen a acabar de determinar quin és l'àmbit d'aplicació d'aquestes figures. També es recollirà el tracte diferenciat que reben aquests tipus penals en els casos del tràfic de drogues.

Índex de continguts

1. Introducció	2
2. Contextualització.....	4
3. Organització criminal i grup criminal	5
3.1 El caràcter estable de la unió o la seva constitució per temps indefinit	6
a) Delicte o organització estable?	6
b) Grau d'estabilitat i comissió immediata.....	6
c) Criminalitat organitzada i paradoxa de sorites	7
3.2 El grau d'organització	9
a) Formació fortuïta	9
b) La prova indiciària com a mètode de delimitació	10
c) Argument teleològic	12
4. Grup criminal i codelinqüència	12
4.1 Unió de més de dues persones.....	13
a) Què implica actuar en grup?.....	14
b) Persones jurídiques com a integrants	15
c) Inimputables com a integrants.....	15
4.2 Finalitat de cometre delictes.....	16
a) El concepte de finalitat i la seva apreciació.....	17
b) Cometre “delictes”	17
b) Quantitat de delictes	18
5. El tràfic de drogues	21
6. Altres consideracions rellevants.....	22
6.1 Actes preparatoris.....	23
6.2 Consumació.....	24
6.3 Filials i matrius.....	24
7. Conclusions	25
8. Bibliografia.....	27
9. Taula de jurisprudència	28

1. Introducció

L'any 2000 es va signar la Convenció de les Nacions Unides Contra la Delinqüència Organitzada Transnacional i els seus Protocols (en endavant, Convenció de Palerm), en què els Estats de l'ONU acorden “promoure la cooperació per tal de prevenir i combatre més eficaçment la delinqüència organitzada transnacional”, entenent que és l'única manera de “soscavar vertaderament la capacitat dels delinqüents internacionals per actuar amb eficàcia” i així protegir la seguretat dels ciutadans. Amb aquesta finalitat es construeix un “tipus penal” d'intervenció en un “grup delictiu organitzat” que servirà de base per als tipus penals que avui dia recull el nostre Codi Penal (en endavant, CP).

L'any 2008 el Consell de la Unió Europea va aprovar la Decisió Marc 2008/841/JAI que pretén una harmonització de la legislació penal en matèria de delinqüència organitzada dins la UE. Aquesta harmonització es veu reflectida en la legislació espanyola el juny del 2010 amb l'aprovació de la LO 5/2010, del 22 de juny, de modificació de la LO 10/1995 del CP. Aquesta reforma del CP introdueix, entre moltes altres modificacions, els articles 570 bis, 570 ter i 570 quàter que s'analitzaran tot seguit.

La Decisió Marc del Consell imposa als Estats Membres l'obligació d'introduir en la seva legislació penal els “delictes relatius a la participació en una organització delictiva” i defineix aquest concepte d'organització delictiva ja en el seu primer article, tal com segueix: “*Una associació estructurada de més de dues persones, establerta durant un cert període de temps i que actua de manera concertada amb la finalitat de cometre delictes sancionables amb una pena privativa de llibertat o una mesura de seguretat privativa de llibertat d'un màxim de com a mínim quatre anys o amb una pena encara més severa, amb l'objectiu d'obtenir, directa o indirectament, un benefici econòmic o un altre benefici d'ordre material.*”. Per associació estructurada, la citada Decisió Marc entén: “*una organització no formada fortuïtament per a la comissió immediata d'un delicte ni que necessiti haver assignat als seus membres funcions formalment definides, continuïtat en la condició de membre, o existeixi una estructura desenvolupada*”.

Els elements que té en compte aquesta legislació per a l'organització delictiva doncs són:

- El nombre de persones
- El temps
- La manera d'actuar

- La finalitat
- La pena prevista per als delictes concrets
- L'objectiu

D'altra banda, els requisits per apreciar l'existència d'una associació estructurada són molt més laxes com es desprèn de la definició recollida anteriorment.

L'any 2010 es va aprovar a Espanya una modificació del CP que introduïa aquestes figures en el nostre ordenament, tot regulant-les com a delictes autònoms i adaptant tot el llistat de delictes amb un component organitzatiu a aquestes noves figures, essent una de les més importants la desaparició de l'article 369.1.2ª CP, que preveia un subtipus agreujat per al tràfic de substàncies estupefaents comès de manera organitzada¹. Amb aquesta modificació es van introduir les figures d'organització i grup criminal en els articles 570 bis i 570 ter del CP que, com s'analitzarà al llarg d'aquest treball, recullen uns elements típics lleugerament diferents dels previstos per la legislació internacional. Aquesta diferència, que implica una ampliació de l'àmbit d'aplicació del delictes d'organització criminal, rau principalment en la supressió de dos dels elements típics previstos a la Decisió Marc:

- La finalitat de cometre delictes que tinguin aparellada una pena o mesura de seguretat privativa de llibertat per un temps superior a 4 anys.
- L'ànim d'obtenir un benefici econòmic o material.

Si bé la concurrència d'aquests requisits pot semblar quelcom senzill de comprovar i constatar a ulls del profà, la manca de concreció en la seva definició planteja seriosos problemes d'interpretació, sobretot pel que fa als casos límit, però que tenen una gran importància pràctica, ja que les conseqüències jurídiques de les tres figures que aquí es venen a analitzar (organització criminal, grup criminal i codelinquència) són radicalment diferents:

- De 3 a 6 anys o de 4 a 8 anys de privació de llibertat en el cas de l'organització, en funció de la gravetat dels delictes.
- De 3 mesos a 1 any, 6 mesos a 2 anys o 2 a 4 anys de privació de llibertat en el cas del grup, en funció de la gravetat dels delictes.

¹ “1. “Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: 2.ª El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.” LO 10/1995, del 23 de noviembre, del Codi Penal (reforma del 4 de març del 2010).

- Atipicitat en el cas de la codelinquència, llevat que pugui encabir-se en un acte preparatori punible.

Amb l'objectiu d'establir uns límits clars entre aquestes tres figures es plantejarà un estat de la qüestió tenint en compte, principalment, la jurisprudència del Tribunal Suprem (en endavant, TS) i amb recolzament de la doctrina, al llarg del qual s'exposaran els principals problemes que plantegen aquestes figures, juntament amb les meves consideracions personals al respecte. Aquest treball centra la seva anàlisi en la legislació nacional, mentre que la legislació internacional aquí recollida serveix únicament com a punt de partida i no serà objecte d'una anàlisi profunda com ho serà la legislació del CP.

2. Contextualització

L'article 570 bis del CP recull el següent sobre el concepte d'organització criminal: *“A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”*. Pel que fa a la definició de grup criminal, l'article 570 ter CP recull: *“A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”*. Així doncs, els elements típics que ens permeten determinar si existeix o no una organització criminal són quatre:

- La concurrència de més de dues persones
- El caràcter estable de la unió o la seva constitució per temps indefinit
- La concertació i coordinació, així com el repartiment de tasques o funcions (organització)
- La finalitat de cometre delictes

D'aquests quatre elements, el grup criminal en fa seus el primer i el darrer, deixant els altres dos sense mencionar, entenent-se doncs que no són necessaris per apreciar l'existència d'un grup criminal². Tot i així, tant doctrina i jurisprudència com el propi legislador, en l'exposició de motius del CP, i la Fiscalia General de l'Estat³ coincideixen en entendre que, si bé és cert que el CP no recull expressament aquests dos elements típics en el delictes previst a l'article 570

² STS, 1.4.2013 (RJ: 309/2013; MP: Miguel Colmenero Menendez de Luarca).

³ Circular FGE 2/2011, del 2 de juny, sobre la reforma del Codi Penal per la Llei Orgànica 5/2010 en relació a les organitzacions i grups criminals.

ter CP, aquests també són exigibles, tot i que en un menor grau. Més endavant s'exposaran els motius d'aquesta afirmació.

Sembla senzill, doncs, identificar els elements típics que diferencien els supòsits d'organització criminal dels de grup criminal. No obstant, i deixant de banda de moment els supòsits límit amb la codelinquència que s'analitzaran més endavant, la jurisprudència mostra una sèrie de problemes pel que fa a la determinació del contingut d'aquests elements típics, tant pel que fa al caràcter estable o constitució per temps indefinit i al grau d'organització necessari per a la constatació de l'existència d'una organització criminal. Així mateix, també es pot apreciar en les primeres sentències una certa tendència a la interpretació dels delictes aquí analitzats conforme al CP anterior a la seva reforma del 2010, moment en què es van introduir aquests nous tipus penals i es va reformar l'article 369, eliminant així el conflictiu article 369.1.2^a que permetia un agreujament de les conductes de tràfic de drogues pràcticament sistemàtic en qualsevol supòsit amb una mínima organització.

A continuació es procedeix a una anàlisi detallada dels diferents elements típics que configuren aquestes figures penals a fi i efecte de poder establir uns límits entre l'organització i el grup, i entre aquest i la codelinquència.

3. Organització criminal i grup criminal

Aquestes dues figures han plantejat problemes de delimitació des del primer moment, cosa que ha comportat una gran discussió dogmàtica i jurisprudencial que ha buscat diferenciar-les per tal que siguin aplicades només en els casos en què s'han d'aplicar i per tal d'evitar abusos. Bona part d'aquests problemes interpretatius i de delimitació venen provocats per l'herència del ja derogat article 369.1.2^a CP que no només no distingia entre aquestes dues figures, sinó que recollia uns requisits molt laxos que permetien la seva aplicació de manera quasi sistemàtica a qualsevol supòsit de tràfic amb un mínim d'organització. Aquests problemes i confusions es poden apreciar en la jurisprudència del TS de mitjans i finals del 2010 i del 2011, en què es realitzaven interpretacions dels nous articles 570 bis i 570 ter a la llum de l'antic 369.1.2^a.

Com ja s'ha recollit anteriorment, els dos elements que permeten diferenciar l'organització del grup són el caràcter estable de la unió o la seva constitució per temps indefinit i la concertació

⁴ STS, 23.4.2011 (RJ: 312/2011; MP: Juan Ramon Verdugo Gomez de la Torre).

i coordinació, així com el repartiment de tasques o funcions. A continuació s'analitzen aquests dos elements.

3.1 El caràcter estable de la unió o la seva constitució per temps indefinit

Pel que fa al caràcter estable o constitució per temps indefinit, veiem que s'han planejat dues qüestions: en primer lloc, si l'estabilitat i permanència s'han de referir al delictes comès o a la pròpia organització, i, en segon lloc, la duració admissible en un grup criminal.

a) Delictes o organització estable?

Respecte de la primera d'aquestes qüestions, considero que no és quelcom que plantegi gaire problemes, sobretot tenint en compte que del text de la llei es pot desprendre sense necessitat de forçar-ne la literalitat, que aquest caràcter estable es refereix a la pròpia organització (*“la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido”* segons l'article 570 bis CP)⁵.

b) Grau d'estabilitat i comissió immediata.

La segona qüestió, no obstant, planteja un problema més complicat de resoldre. La literalitat del CP no preveu expressament aquest requisit típic en l'article 570 ter, cosa que permet entendre que és possible apreciar l'existència d'un grup criminal en els casos en què hi hagi una manca absoluta d'organització. No obstant, tal com s'anunciava en l'epígraf anterior, doctrina i jurisprudència coincideixen, si bé és cert que la doctrina de manera més oberta i explícita⁶, en entendre que aquest element típic és també exigible dels grups criminals. Per fer aquesta afirmació, tant l'una com l'altra es basen en la legislació internacional de la Decisió-Marc que recull la figura de “l'associació estructurada”, figura en què es basa el nostre delictes de grup criminal. Aquesta figura es defineix com segueix: *“una organització no formada fortuïtament per a la comissió immediata d'un delictes ni que necessiti haver assignat als seus membres funcions formalment definides, continuïtat en la condició de membre, o existeixi una estructura desenvolupada”*. D'aquesta definició negativa d'associació estructurada en podem extreure tres elements: (1) la formació fortuïta per a (2) la comissió immediata (3) d'un delictes. Per raons

⁵ STS 4.5.2012 (RJ: 331/2012; MP: Jose Ramon Soriano Soriano).

⁶ BOCANEGRA MÁRQUEZ, Jara (2020), *Los delitos de organización y grupo criminal: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Bosch Editor, Barcelona, pàgs. 112-123.

expositives ens centrarem aquí en el segon d'aquests elements, mentre que els altres s'examinaran en els epígrafs successius.

Respecte de l'element de la comissió immediata veiem que el fet que estigui formulat en un sentit negatiu (no formada [...] per a la comissió immediata [...]) implica que és necessària una mínima permanència en el temps, qüestió deduïble de la definició que el Diccionari de l'Institut d'Estudis Catalans (en endavant DIEC) dona de la paraula "immediat", entès com allò que es produeix sense ser distant o separat en l'espai o el temps, és a dir, allò que es produeix de manera espontània. Una anàlisi de la jurisprudència del TS permet apreciar que, efectivament, aquest requisit ha de ser present també en els casos de grup criminal⁷.

Personalment, considero que l'argumentació fins aquí exposada és molt acord a la regulació establerta en el CP pel que fa als delictes d'organització i grup criminal, i que estableix uns criteris prou clars per poder diferenciar uns supòsits d'uns altres, tot establint el grup criminal com un tipus residual respecte de l'organització⁸. Aquesta conclusió esdevé lògica des del moment en què el propi codi defineix el concepte de grup a continuació del d'organització a través de només alguns dels requisits típics d'aquesta i permetent la seva configuració només amb dos d'aquests elements (recordem que el CP defineix el grup criminal amb les següents paraules: "*A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos*").

c) Criminalitat organitzada i paradoxa de sorites

A partir d'aquí el que resta és determinar quin grau d'estabilitat és exigible per tal de poder apreciar l'existència d'aquesta figura, i és que el text de la llei no estableix una duració mínima a aquests efectes. Ens trobem davant d'un problema de la mateixa naturalesa que els plantejats per MOLINA FERNÁNDEZ⁹, relatiu a la "*delimitació de conceptes que operen en una relació de continuïtat que no admet discontinuïtats*". Em refereixo a la delimitació d'aquells conceptes

⁷ STS 9.10.2013 (RJ: 719/2013; MP: Candido Conde-Pumpido Touron); STS 24.6.2014 (RJ: 513/2014; MP: Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre).

⁸ STS 12.11.2013 (RJ: 849/2013; MP: Juan Ramon Verdugo Gomez de la Torre). I, en la doctrina, BOCANEGRA MÁRQUEZ (2020), ob. cit., pàgs. 107-111.

⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2007), *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Pàgs 692-694.

que actuen de manera gradual i en què un és consecució de l'altre (el temps, l'edat i la riquesa en són clars exemples).

Aquests problemes són molt comuns en la generalitat del nostre llenguatge però en l'àmbit jurídic, i, especialment en el dret penal, no només són comuns, sinó que a més tenen una importància cabdal, ja que de la delimitació d'aquests conceptes jurídics indeterminats depèn la pena imposada al reu, en aquest cas, la quantitat d'anys que li seran privats de la seva llibertat.

El problema concret que es planteja en aquest cas és el següent: quant de temps ha de mantenir-se en actiu una agrupació de persones per tal de poder ser considerada com a organització criminal? Davant d'aquesta qüestió hom respondria clarament que una agrupació que, complint la resta de requisits típics, operi durant 10 anys pot ser considerada sense discussió com una organització criminal. Així mateix, hom afirmaria amb el mateix grau de certesa que una agrupació que, complint amb tots els altres requisits del tipus, actués durant una setmana no pot ser considerada una organització criminal i, per tant, en tot cas seria considerada com un grup.

Tal com exposa MOLINA FERNÁNDEZ¹⁰, aquest escenari ens planteja la idea lògica següent: si hi ha un punt en què clarament es compleix el requisit per afirmar l'existència de l'organització, i un punt en què clarament això no ocorre, necessàriament ha d'haver un punt en què afegir una unitat més de temps determina el compliment d'aquesta condició. El cas és que no és possible determinar quin és aquest moment exacte sense incórrer en determinacions arbitràries de límits a conceptes jurídics indeterminats, ni tampoc resulta lògic en tant que nosaltres mateixos com a parlants no concebem que l'addició d'una milionèsima part d'un segon determini l'existència d'una organització o d'un grup. El problema que se'ns presenta aquí és, doncs, la determinació de què és "*estable*" o "*tiempo indefinido*".

En aquest cas concret, no és aplicable la solució que proposa el professor MOLINA FERNÁNDEZ¹¹ en el seu article, la creació de categories intermèdies, ja que aquesta possibilitat està pensada per casos en què hi hagi una diferència penològica considerable i, tal com es pot apreciar en les primeres pàgines d'aquest treball, les penes pels delictes d'organització i grup criminal són limítrofes entre elles. En tot cas, s'hauria de garantir que en aquells casos en què existeixin dubtes sobre si correspon aplicar un tipus penal o un altre, s'imposi la pena, bé de l'organització criminal en la seva part inferior, bé la del grup criminal en la seva part superior. D'aquesta manera s'aconsegueix resoldre, com a mínim de manera

¹⁰ MOLINA FERNÁNDEZ (2007), ob. cit., pàgs. 702-703.

¹¹ MOLINA FERNÁNDEZ (2007), ob. cit., pàgs 732-733.

immediata i sense necessitat de reformes legals, el problema pràctic que plantegen aquests tipus penals. Una altra possible solució a aquesta qüestió, tot i que requeriria d'una reforma legal, seria la introducció d'una atenuant pel delictes d'organització criminal que permetés limitar la pena imposada a aquelles agrupacions que, tot i complir la resta de requisits típics, pel que fa al del caràcter estable o per temps indefinit es trobessin en una situació límit.

Més enllà d'aquesta breu proposta de *lege ferenda*, cal tenir en compte el punt de tall que ha fixat el TS per distingir uns supòsits d'uns altres tal com de la pràctica jurisprudencial es pot deduir. De les sentències analitzades s'extreu que, aproximadament i de manera estimada, a partir dels 9 mesos de duració de l'activitat delictiva de l'agrupació podem parlar d'organització criminal, mentre que, quan no s'assoleixi aquesta quantitat de temps, ens trobarem davant d'un grup. Tot i així, cal remarcar que aquest període de temps és una mera estimació, ja que hi ha sentències en què per les circumstàncies del cas i, en atenció als altres elements típics, es condemna per grup criminal en casos en què l'agrupació es manté durant més temps¹². La pràctica jurisprudencial ha acollit altres criteris per determinar el compliment d'aquest element del tipus, com ara el fet que l'activitat delictiva sigui "*la seva activitat habitual i el seu únic mitjà de vida*"¹³. Cal tenir en compte no obstant, que l'element principalment emprat per la jurisprudència per tal de diferenciar uns supòsits d'uns altres, és el grau d'organització.

3.2 El grau d'organització

El grau d'organització és potser l'element més conflictiu per tal d'establir límits entre l'organització i el grup criminal. Sobre aquest aspecte, la jurisprudència del TS fa servir criteris de diferent naturalesa per determinar si el grau d'organització de l'agrupació concreta que s'està analitzant és suficient per poder parlar d'organització o si, per contra, només és possible veure-la com un grup criminal.

a) Formació fortuïta

És ara moment de recuperar part d'una qüestió que ha quedat pendent de resoldre: l'exigència dels requisits no citats expressament per l'article 570 ter CP per poder apreciar l'existència d'un grup criminal. La justificació d'aquesta exigència és la mateixa que s'ha exposat amb ocasió de l'exposició sobre l'estabilitat de l'agrupació delictiva. Faré aquí referència a la formació fortuïta, deixant el darrer requisit de l'associació estructurada per un moment posterior i més

¹² STS 9.10.2013 (RJ: 719/2013); STS 8.10.2019 (RJ: 457/2019; MP: Pablo Llarena Conde).

¹³ STS 1.4.2013 (RJ: 309/2013).

oportú. El DIEC defineix fortuït com a sinònim de casual, és a dir, com allò que s'esdevé sense ésser previst o esperat, sense causa coneguda, mentre que el Diccionari de la Reial Acadèmia Espanyola de la Llengua (en endavant DRAE) defineix fortuït com allò que succeeix inopinadament i casual. D'aquestes definicions podem extreure que l'actuació d'una associació estructurada i, en conseqüència, d'un grup criminal, no pot ser quelcom produït de manera casual, inesperada o inopinada, *ergo* requereix d'una certa estructura de cara a la preparació per a la comissió de delictes.

Són especialment aclaridores les SSTS 950/2013, 371/2014 i 312/2017¹⁴ que recullen aquestes conclusions aquí exposades, entenent que per tal de poder apreciar l'existència d'una organització criminal, és necessària una “*estructuración organizativa perfectamente definida*”, i per tant, no qualsevol estructura distributiva de funcions és suficient per apreciar l'existència d'una agrupació com la descrita en l'article 570 bis CP. Constatada l'exigència d'aquest requisit típic, és ara moment de determinar quin és el contingut del mateix i de diferenciar uns supòsits dels altres.

El TS fa ús de l'exposició de motius de la LO 5/2010 per establir un marc interpretatiu respecte d'aquest requisit: “*requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales*”.

b) La prova indiciària com a mètode de delimitació

A partir d'aquest marc, per tal de diferenciar ambdues figures, el TS es basa, principalment, en l'estructura de l'agrupació, exigint per poder apreciar l'existència d'una organització que existeixi una estructura similar a la d'una empresa criminal. Per tal de poder apreciar aquesta complexitat, la jurisprudència recorre a la prova indiciària. Els indicis més habitualment utilitzats per la jurisprudència per determinar el grau d'organització són:

¹⁴ STS 5.12.2013 (RJ: 950/2013; MP: Julian Artemio Sanchez Melgar); STS 7.5.2014 (RJ: 371/2014; MP: Miguel Colmenero Menendez de Luarda); STS 3.5.2017 (RJ: 312/2017; MP: Carlos Granados Perez).

- Els mitjans materials: medis de transport¹⁵, grans quantitats de droga, diners o altres béns materials¹⁶, disposició d'un sistema per al blanqueig de capitals¹⁷, nombre d'integrants¹⁸ i el grau de professionalització dels integrants o col·laboradors¹⁹
- L'existència de relacions familiars entre els integrants²⁰
- L'existència d'una estructura jeràrquica rígida o d'un codi normatiu propi²¹
- El grau de planificació en la comissió dels delictes²²
- L'àmbit territorial d'actuació²³

Pel que fa al volum de recursos emprats, s'entén que haurà de ser major a mesura que l'organització interna creixi i es faci més complexa (es tracta de variables directament proporcionals). Cal tenir en compte, no obstant, les agreujants previstes als articles 570 bis 2.c) i 570 ter 2.c), i és que el barem emprat per determinar que ens trobem davant d'una organització ha de servir per determinar una major capacitat delictiva d'aquesta, respecte dels supòsits de grup o mera coautoria, però sense arribar a poder parlar de *“mitjans tècnics avançats de comunicació o transport que per les seves característiques resultin especialment aptes per facilitar l'execució dels delictes o la impunitat dels seus culpables”*²⁴.

Sobre la base d'aquesta diferència estructural entre ambdues figures, el TS entén que un dels elements característics del grup criminal que el diferencia de l'organització és que aquell té un caràcter més aviat artesanal pel que fa al seu nivell o qualitat d'articulació interna, en el sentit que són els propis integrants del mateix els que estan en contacte directe amb l'objecte del delicte, els que *“s'embruten les mans”*, element que permet apropar aquesta figura a la de la codelinquència. D'altra banda, en estar caracteritzada l'organització per aquest perfil empresarial, no compleix amb aquest perfil²⁵.

En aquest sentit, podem emprar un element usat en la interpretació del ja derogat 369.1.2ª per evidenciar els casos en què clarament tindrem una organització criminal, com és la capacitat de

¹⁵STS 23.1.2007 (RJ: 55/2007; MP: Jose Manuel Maza Martín).

¹⁶ STS 20.10.2009 (RJ: 921/2009; MP: Diego Antonio Ramos Gancedo).

¹⁷ STS 8.7.2004 (RJ: 899/2004; MP: Miguel Colmenero Menendez de Lurca).

¹⁸ STS 10.3.2006 (RJ: 278/2006; MP: Jose Manuel Maza Martín).

¹⁹ BOCANEGRA MÁRQUEZ (2020), ob. cit., pàgs. 112-123.

²⁰ STS 7.5.2014 (RJ: 371/2014).

²¹ STS 16.4.2014 (RJ: 337/2014; MP: Francisco Monterde Ferrer). I, en la doctrina, FARALDO CABANA, Patricia (2012), *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, València, pàgs 64-66.

²² STS 25.10.2016 (RJ: 798/2016; MP: Juan Saavedra Ruiz).

²³ STS 11.11.2013 (RJ: 855/2013; MP: Candido Conde-Pumpido Touron).

²⁴ STS 29.2.2012 (RJ: 110/2012; MP: Perfecto Agustin Andres Ibañez).

²⁵ STS 29.2.2012 (RJ: 110/2012).

l'agrupació per substituir els seus membres sense que això afecti el projecte criminal amb gran facilitat²⁶ cosa que, a més, dificulta enormement la persecució d'aquestes organitzacions i incrementa les possibilitats d'acabar causant el dany perseguit, així com la seva gravetat. És a dir, una manera de determinar el nivell o qualitat de l'articulació interna i el volum de recursos emprats pot ser també aquesta capacitat de substituir els membres de l'agrupació sense que això afecti el projecte criminal.

c) Argument teleològic

La darrera qüestió que considero rellevant tenir en compte és l'objectiu del legislador en el moment d'introduir la figura de l'organització criminal a l'ordenament. Aquest objectiu és el de lluitar contra la delinqüència organitzada transnacional, caracteritzada per la seva professionalització, tecnificació i integració en estructures legals, mentre que el grup es va introduir pensant en la criminalitat organitzada a més petita escala, és a dir, amb un àmbit territorial delimitat²⁷.

En conclusió, per tot allò establert en aquest epígraf, es requereix d'una alta complexitat organitzativa per poder arribar a parlar d'organització criminal, mentre que els supòsits que no assoleixin aquest grau d'organització hauran de ser analitzats en tot cas des del prisma del grup criminal, de tal manera que no qualsevol organització de l'agrupació implica l'aplicació del tipus penal d'organització criminal.

4. Grup criminal i codelinquència

Havent resolt el problema de la diferenciació entre l'organització i el grup criminal, és ara moment d'analitzar les diferents qüestions que es plantegen pel que fa a la distinció entre aquest i la codelinquència, conflicte que, des del meu punt de vista, es presenta com quelcom més problemàtic.

Considero important fer aquí una breu reflexió sobre el perquè de l'existència d'aquest delictes. A diferència de les organitzacions criminals, la Decisió-Marc no obligava els Estats a incorporar en la seva legislació una sanció a les associacions estructurades que en aquella es descrivien. No obstant, el legislador espanyol va considerar convenient incorporar, juntament amb les organitzacions, aquest nou tipus penal. El preàmbul de la LO 5/2010 en el seu apartat XXVIII

²⁶ FARALDO CABANA (2012) ob. cit., pàgs 67-72.

²⁷ STS 11.11.2013 (RJ: 855/2013); Circular FGE 2/2011.

recull el següent: *“requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes”*. Veiem així que el legislador justifica la introducció d'aquest tipus penal sobre la base de l'existència d'agrupacions que, tot i no reunir tots els requisits propis de l'organització criminal, sí que plantegen una major perillositat respecte dels casos de coautoria. En aquest sentit s'han pronunciat també el TS²⁸ i el Ministeri Fiscal²⁹.

Dit això, veiem com al llarg dels darrers deu anys s'han plantejat davant del TS molts casos amb supòsits de fet ubicats en el llinar entre el grup criminal i la coautoria, casos que han fet que el TS es pronunciï sobre qüestions de naturalesa molt diversa, però essencials per a la delimitació del tipus previst en l'article 570 ter. Si bé és cert que en la jurisprudència dels darrers anys es pot apreciar una major continuïtat i reiteració en l'argumentari, no falten les sentències discordants que plantegen solucions del tot diferents i que considero val la pena analitzar, ja que d'aquestes interpretacions depèn la imposició d'una condemna per grup criminal o la consideració de la conducta delictiva com a comesa en coautoria.

A fi i efecte de poder realitzar aquesta anàlisi, considero important seguir una sistemàtica basada en el text de la llei i, per tant, analitzar un per un els elements típics del grup criminal per així poder determinar quin és el seu contingut, així que aquest serà el fil conductor d'aquesta anàlisi. Cal recordar però que, tot i que el CP no els prevegi expressament, l'estabilitat i l'organització són també elements típics del grup criminal.

4.1 Unió de més de dues persones

Recordem, que la redacció del CP defineix el grup criminal a través de l'absència d'alguna o algunes característiques de l'organització. Concretament a través de l'absència de l'organització i/o del caràcter estable. Això implica que les dues úniques característiques que,

²⁸ STS 9.10.2013 (RJ: 719/2013); STS 11.11.2013 (RJ: 855/2013).

²⁹ Circular FGE 2/2011.

en principi, ha de reunir un grup criminal són la unió de més de dues persones i la finalitat de cometre delictes. A partir d'aquí, i respecte el nombre de persones podem extreure tres conclusions: en primer lloc, qualsevol agrupació de dues persones amb finalitat de cometre delictes serà sempre considerada com un cas de codelinquència; en segon lloc, qualsevol agrupació de tres o més persones per cometre un únic delicte serà sempre considerada com un cas de codelinquència; en tercer lloc, en la resta de casos haurem de determinar si ens trobem davant d'un cas de grup criminal o codelinquència en atenció a altres qüestions.

Quan una persona ha de ser comptada per a l'assoliment d'aquesta xifra de tres persones? Quin ha de ser el seu grau de participació del fet delictiu? És la mera col·laboració esporàdica motiu suficient per castigar per grup criminal? Aquestes són algunes de les preguntes que el TS ha hagut de respondre al llarg d'aquests darrers deu anys de jurisprudència.

a) Què implica actuar en grup?

El TS estableix una diferència clara entre dues qüestions que són de vital importància per donar resposta a aquestes qüestions: la participació de l'agrupació delictiva i la participació dels actes delictius de la mateixa. Això que sembla una qüestió merament terminològica té una importància cabdal i és, des del meu punt de vista, un gran encert de la Sala Segona del TS.

Una breu visita al DRAE ens permet copsar la definició que li dona aquesta institució a la paraula "grup", paraula amb diverses accepcions que comparteixen una característica comuna: per tal de ser un grup és necessari que els agrupats comparteixin unes característiques i que actuïn de manera conjunta. La STS 369/2018³⁰ es refereix a aquest concepte tot recollint que "*la expresión <<actuar en grupo >> significa según el diccionario que algo se hace **con** (no <<por>>) varias personas o **entre** varias personas*". Davant d'aquesta concepció de la paraula "grup", la jurisprudència del TS resol que la simple participació en els actes delictius de l'agrupació no és suficient per entendre que es participa del grup, sinó que és necessari que, a més de l'actuació conjunta, es donin altres circumstàncies que permetin inferir que efectivament ens trobem davant d'un grup en el sentit descrit anteriorment³¹. Alguns dels indicis que es poden trobar en les sentències del TS a aquest efecte són, per exemple, la participació de les decisions de l'agrupació o la participació en els seus beneficis. Per tant, només podrem parlar de grup i,

³⁰ STS 19.7.2018 (RJ: 369/2018; MP: Luciano Varela Castro).

³¹ STS 3.5.2016 (RJ: 378/2016; MP: Andrés Palomo del Arco).

en conseqüència, considerar complert aquest element del tipus, quan es compleixi amb el concepte aquí recollit.

b) Persones jurídiques com a integrants

Una de les qüestions que es van plantejar a partir del 2010 és si quan el legislador es refereix a una unió de més de dues persones està pensant en persones físiques o si bé és possible incloure-hi també persones jurídiques. La doctrina s'ha pronunciat molt poc sobre aquesta qüestió, sent importants les aportacions de ROMA VALDÉS que exposa que aquestes tres persones han de ser, necessàriament, persones físiques, tenint en compte sobretot el fet que la persona jurídica implicada en aquestes situacions no és membre de l'agrupació, sinó el mitjà per tal que les persones físiques implicades puguin dur a terme les seves actuacions delictives³². En el mateix sentit es pronuncia BOCANEGRA MÁRQUEZ, tot i que amb uns arguments diferents. Aquesta autora fa servir una explicació molt lògica per arribar a la mateixa conclusió, i és que, per tal de poder ser part d'un grup criminal, com a mínim s'ha de poder ser autor del delictes d'integració en un grup criminal, cosa que no és possible en el cas de les persones jurídiques pel simple fet que no es compleix amb l'exigència de l'article 31 bis CP³³.

c) Inimputables com a integrants

De la mateixa manera que en l'apartat anterior es plantejava la possibilitat que una persona jurídica pogués computar per al mínim de tres persones exigint pel CP per apreciar l'existència d'un grup o organització criminal, aquí es planteja si s'haurien de computar els inimputables.

Soc de l'opinió que aquestes persones han de ser també comptabilitzades, i és que aquesta organització o grup criminal es beneficia també del seu suport i, per tant, té una major potencialitat delictiva en comparació a la que tindria si no hi fossin. Evidentment, el fet que se les comptabilitzi a efectes de la determinació de l'existència del grup o organització no obsta el fet que amb posterioritat se'ls apliqui la circumstància eximent de responsabilitat que els sigui aplicable, bé sigui la de l'article 19 CP, bé alguna de les del 20. Si bé és cert que en un pla teòric es podria plantejar la possibilitat que un grup o organització criminal tingués una persona que pateix una anomalia o alteració psíquica permanent, la realitat ens demostra que el que és

³² ROMA VALDÉS, Antonio (2012), "El delito de organizaciones y grupos criminales", *Estudios jurídicos* (https://www.academia.edu/2394755/EL_DELITO_DE_ORGANIZACIONES_Y_GRUPOS_CRIMINALES).

³³ BOCANEGRA MÁRQUEZ, Jara (2019) "Tratamiento jurídico penal de las organizaciones y grupos criminales: Cuestiones dogmáticas y de política criminal.", https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/87607/TESIS_DEFINITIVO.pdf?sequence=1&isAllowed=y, pàgs 231-233.

realment preocupant és la inclusió de menors en aquestes agrupacions delictives. Tot i així, en atenció al fet que aquesta possibilitat existeix, crec necessari fer referència aquí a ambdues possibilitats, tot i tenir en compte el tracte diferenciat que reben menors (irresponsables conforme al CP) i inimputables per altres causes (exempts de responsabilitat)³⁴.

Aquesta opinió es justifica en la pròpia teoria jurídica del delictes. El que s'examina en aquestes línies és si es compleixen els elements típics necessaris per poder qualificar una agrupació com a organització o grup criminal, qüestió que s'inclou dins l'àmbit de la tipicitat en la teoria jurídica del delictes, qüestió per a la qual són irrellevants les circumstàncies personals dels implicats. Aquestes circumstàncies personals (la minoria d'edat, el patiment d'una anomalia o alteració psíquica permanent...) són rellevants a efectes de la culpabilitat i, per tant, res obsta que un menor o incapaç sigui comptabilitzat en aquest sentit.

Existeixen, però, autors que consideren que els inimputables no poden ser computats per aquesta finalitat. Un clar exemple és SOLER que considera que no han de ser computats perquè no poden manifestar lliurement la seva voluntat de vincular-se a aquesta agrupació criminal³⁵. Sobre aquesta opinió cal remarcar que una agrupació d'aquesta naturalesa no és quelcom reconegut pel dret a què algú s'hagi d'adherir a través d'una declaració vinculant de voluntats com si d'un contracte es tractés, sinó que es tracta d'agrupacions antijurídiques i penalment perseguides és a dir, agrupacions sense objecte ni causa lícits³⁶.

4.2 Finalitat de cometre delictes

La darrera qüestió a analitzar respecte dels elements típics de l'organització i el grup criminal és la finalitat de cometre delictes, qüestió que es divideix en tres que la integren, que són la determinació de quan podem considerar que una agrupació té com a finalitat la comissió de delictes, què hem d'entendre per delictes i la determinació del nombre de delictes necessaris per tal de poder apreciar el compliment d'aquest element del tipus.

Si bé és cert que aquest element típic és més aviat de caràcter subjectiu que no pas objectiu, no per això és menys important que els altres, ans el contrari. Considero que aquest és l'element característic que fa que aquestes agrupacions siguin considerades delictives, i és que qualsevol

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1997), *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Bosch, Barcelona, pàgs 159-160.

³⁵ SOLER, Sebastián (1987), *Derecho penal argentino*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, pàg 549.

³⁶ BOCANEGRA MÁRQUEZ (2019) ob. cit., pàgs 233-235.

agrupació que reuneixi tots els altres requisits típics però li manqui la finalitat de cometre delictes, no només no serà delictiva, sinó que quedarà emparada per l'article 22 de la Constitució Espanyola que preveu el dret d'associació.

a) El concepte de finalitat i la seva apreciació

El DIEC i el DRAE coincideixen a definir finalitat com “el fi amb què es fa una cosa”. El que extraiem d'aquí doncs és que l'objectiu de l'agrupació ha de ser la comissió de delictes. En aquest sentit, cal recordar que la regulació que fa el CP sobre aquestes figures és més àmplia que la que recull la Convenció de Palerm, que restringeix la seva aplicació als delictes greus que produeixin un benefici econòmic o material. Així doncs, pot tractar-se de qualsevol tipus de delicte, tant si produeix un benefici econòmic o material o no.

Una qüestió que s'ha plantejat en doctrina i jurisprudència sobre aquesta qüestió és si la finalitat de cometre delictes ha de ser relativa a la pròpia agrupació o bé als seus integrants. Tant l'una com l'altra coincideixen en apuntar cap a la primera d'aquestes dues opcions i en aquest sentit s'expressa també el Ministeri Fiscal quan afirma en la ja citada Circular 2/2011 el següent: “*el fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una <<voluntad colectiva>>, superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros*”³⁷. Considero que aquesta posició és encertada, i és que l'alternativa suposaria castigar com a organitzacions o grups criminals aquelles empreses que, no tenint per objectiu la comissió de delictes, són entorns adequats per a cometre'ls com a conseqüència de l'absència d'un sistema de “compliance” adequat³⁸.

La manera de determinar que, efectivament, la comissió de delictes és la finalitat de la pròpia empresa o agrupació és comprovar si aquesta està estructurada per poder complir amb aquesta finalitat. En cas contrari, ens podem arribar a trobar amb el que la doctrina ha coincidit en anomenar “*empresa econòmica amb tendència criminal*”.

b) Cometre “delictes”

Ens hem referit fins ara a la finalitat de cometre delictes, però considero rellevant determinar exactament a què es refereix el legislador quan exigeix la finalitat de cometre delictes en la formulació dels articles 570 bis i 570 ter CP.

³⁷ Circular FGE 2/2011.

³⁸ STS 25.5.2017 (RJ 379/2017; MP: Julian Artemio Sanchez Melgar).

Hi ha certes activitats que queden clarament excloses del concepte de “delicte”, com són els il·lícits administratius o les activitats merament immorals, i que, per tant, les agrupacions que tinguin per finalitat la seva comissió no podran ser considerades ni organitzacions ni grups criminals. A partir d’aquí hi ha altres activitats que podrien arribar a entrar dins el concepte de “delicte”, com són les accions justificades, els delictes imprudents i les temptatives³⁹. Cadascuna d’aquestes accions té un motiu específic per no ser inclosa dins aquest concepte:

- Les accions justificades no es poden incloure en el concepte de delicte perquè són accions que, si bé són típiques, no són antijurídiques i, per tant, no assoleixen l’estat de delicte.
- Respecte dels delictes imprudents, el motiu és més aviat conceptual. La finalitat de l’agrupació ha de ser la comissió de delictes i és conceptualment impossible entendre que algú pretén cometre un delicte imprudent, ja que aquesta voluntat de cometre el fet antijurídic fa que automàticament esdevingui dolós enlloc d’imprudent. No es pot pretendre fer quelcom sense voler o de manera negligent.
- Pel que fa als delictes en grau de temptativa, veiem que l’expressió “cometre” emprada pel CP ha de ser entesa en el sentit d’executar fins la consumació. Tot i així, cal tenir en compte que el CP simplement exigeix “finalitat de cometre delictes” i, per tant, no és imprescindible que, efectivament, aquests s’hagin consumat, sinó que només és necessari que es constati la finalitat de cometre delictes fins a la seva consumació⁴⁰.

b) Quantitat de delictes

Sembla lògic deduir-se de la literalitat de la llei que per tal de poder entendre complet el requisit de la finalitat de cometre delictes és necessari que puguem parlar de “delictes”, en plural, i per tant, que aquesta finalitat ha de respondre com a mínim a dos delictes, no obstant, la jurisprudència del TS no és totalment pacífica al respecte i durant aquests anys de jurisprudència no han faltat sentències que resolen en sentit contrari⁴¹.

Finalment, correspon aquí recuperar el darrer element presentat en l’apartat 3.1 d’aquest treball: “un sol delicte”, darrer element de la ja enunciativa definició d’associació estructurada: “*una organització no formada fortuïtament per a la comissió immediata d’un delicte*”. Aquest element recollit per la Convenció de Palerm i emprat per la jurisprudència del TS de manera

³⁹ BOCANEGRA MÁRQUEZ (2020), ob. cit., pàgs. 144-158.

⁴⁰ FARALDO CABANA (2012), ob. cit., pàgs 182-183.

⁴¹ En aquest sentit, FERNÁNDEZ DE PAIZ, Rafael (2013), “Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma”, *Diario La Ley* n° 8060 (<https://revistas.laley.es/content/Inicio.aspx>).

reiterada és, al meu criteri, especialment problemàtic pel que fa a la distinció entre el grup criminal i la coautoria i és per aquest motiu que ha quedat pendent de resolució fins aquest moment.

Abans que el TS comencés a fer-lo servir, quedava absolutament clar que els delictes de delinqüència organitzada previstos pels articles 570 bis i 570 ter CP estaven reservats a aquells supòsits en què hi havia una veritable intenció de continuar cometent actes delictius. Un clar exemple d'això és la STS 331/2012⁴², en què es resol sobre el segrest d'un empresari amb la intenció de cobrar una recompensa pel seu alliberament i així poder fer servir els diners de la mateixa per poder salvar la situació econòmica de l'empresa d'un dels implicats. Davant d'aquesta situació, el TS entén que l'agrupació formada pels acusats no tenia per objecte la comissió futura de nous i indeterminats delictes, sinó que el que es buscava era salvar la situació econòmica de l'empresa a través d'aquest mitjà il·lícit. No queda cap dubte amb la lectura d'aquesta resolució que, davant de la comissió d'un únic fet delictiu i de la manca de voluntat de reiterar en la seva delinqüència, aquesta agrupació ha de ser considerada com un cas de coautoria, i així resol el TS.

He afirmat que considero aquest element típic "especialment problemàtic" i no es tracta d'una qualificació intranscendent, sinó que considero que fer servir la definició donada per la Convenció de Palerm tenint en compte la concreta regulació que fa el CP sobre aquests tipus penals, implica assentar un precedent que, com exposaré a en aquestes línies, ha cristal·litzat en algunes sentències, tot ampliant l'àmbit d'aplicació del grup criminal en detriment de la codelinquència.

Vull deixar clar en aquest moment que no és la definició de l'associació organitzada de la Convenció de Palerm la que, segons el meu criteri planteja problemes, sinó el fet que la jurisprudència espanyola la faci servir de manera literal. El problema és, doncs, l'extrapolació realitzada pel TS de les definicions recollides a la Convenció de Palerm a les del CP espanyol per tal d'interpretar aquestes sobre la base d'aquelles. Això resulta problemàtic perquè les aspiracions de la Convenció de Palerm són molt diferents de les del nostre CP, i és que mentre aquest aspira a la completesa i a una regulació que abasti tots els possibles supòsits de fet que es puguin produir dins la jurisdicció espanyola, aquella es centra en *terroristes, criminals, traficants de drogues, tractants de persones i altres grups que desbaraten les bones obres de la societat civil*. L'objectiu d'ambdues normes és, doncs, totalment diferent i això comporta que

⁴² STS 4.5.2012 (RJ: 331/2012; MP: Jose Ramon Soriano Soriano).

l'extrapolació de definicions de l'una a l'altre plantegi problemes com el que a continuació exposaré.

El problema és la utilització de la definició negativa d'associació organitzada per definir el grup criminal, i això resulta problemàtic perquè implica la imposició de requisits per a l'aplicació de la coautoria, cosa que és contrària a l'estructura bàsica del nostre Codi Penal en què l'organització i el grup són figures amb requisits propis i són, per tant, l'excepció a la regla general que és la coautoria, que no té uns elements típics propis en tant que no és un delictes per se, sinó simplement la constatació de l'existència d'una pluralitat d'autors en la comissió d'un delictes. Imposar requisits per a l'aplicació de la coautoria suposa limitar enormement el seu àmbit d'aplicació i, en conseqüència, ampliar el del grup criminal, fet que resulta especialment problemàtic tenint en compte que el grup criminal sí que és un delictes i, com a tal, té una pena pròpia i autònoma assignada.

Només cal fixar-se en la redacció dels articles 17 i 28 CP per veure que, efectivament, la codelinquència (o la conspiració en cas que no s'arribés a iniciar l'execució del delictes) no tenen cap mena de requisit, més enllà del fet que existeixi una pluralitat d'implicats, cosa que és inherent al propi concepte de codelinquència (o conspiració). Adoptar aquesta definició de la Convenció de Palerm suposa limitar l'àmbit d'aplicació de la coautoria a aquells supòsits de formació no fortuïta per a la comissió immediata d'un delictes i, per tant, deixar dins l'àmbit d'aplicació del grup criminal allò que no entri dins aquesta definició. Es trasllada doncs, en certa manera, la funció de "calaix de sastre" de la coautoria al grup criminal, amb les conseqüències penals que això comporta.

M'he referit en aquest apartat a la creació d'un precedent i a la cristallització del mateix. Em refereixo evidentment al càstig com a grup criminal d'una agrupació sense finalitat de cometre una pluralitat de delictes. Una sentència en què es recull aquesta possibilitat és la STS 39/2018⁴³. El TS afirma: *"En realidad, solamente quedarían excluidos los supuestos de formación fortuita para la comisión inmediata de un delito, mientras que quedarían incluidos aquellos casos en los que la estructura del grupo, sin alcanzar la complejidad y consistencia propias de la organización criminal en sentido estricto, permitan no solo la comisión del delito que inmediatamente van a cometer, sino la de otros similares sin precisar de nuevas aportaciones de medios personales o materiales. Las exigencias a que se hace referencia (formación fortuita para la comisión inmediata de un delito), suponen que el grupo deberá*

⁴³ STS 24.1.2018 (RJ: 39/2018; MP).

presentar una cierta estabilidad, aunque sea menor de la exigida para la organización criminal, lo que permitiría apreciar su existencia aun cuando su formación tenga por objeto la comisión de un solo delito, siempre que éste presente una cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares”.

Tal com es pot apreciar en aquesta sentència, el TS admet l'aplicació del delictes de l'article 570 ter quan l'estructura del grup permeti la comissió d'altres delictes similars sense necessitat de noves aportacions de mitjans personals o materials, però amb independència de quina sigui la vertadera intenció de l'agrupació. Considero que la capacitat fàctica de cometre nous delictes ha de ser un indicatiu per a la determinació de l'existència de la finalitat de cometre delictes, en plural, però en cap cas quelcom decisiu tal com sembla assumir en la citada sentència el TS. De tota manera, tal com he dit en un principi, aquesta és una línia jurisprudencial minoritària, i són moltes i diverses les sentències que encara busquen preservar aquest requisit de la pluralitat de delictes, com ara i entre moltes altres les SSTS 603/2014, 726/2014, 787/2014, 798/2016 i 379/2017⁴⁴.

5. El tràfic de drogues

Els tipus penals aquí analitzats tenen una relació especialment estreta amb els tipus de tràfic de drogues. Tant és així, que la legislació de què provenen està feta pensant precisament en aquestes conductes i és que, abans de la reforma del CP que els va constituir com a delictes autònoms, estaven regulats dins el tipus de tràfic de substàncies estupefaents. El TS ha donat, ja des dels inicis de l'aplicació d'aquests tipus penals, un tracte particular a aquesta manera de procedir amb el tràfic de substàncies estupefaents que, al meu parer, guarda una certa lògica. Em refereixo al fet de considerar aquests delictes com a “tipus globals”.

Moltes són les sentències de la Sala Segona les que resen sempre un discurs similar, tot afirmant, amb unes paraules o unes altres, que els delictes de tràfic de substàncies estupefaents són tipus globals, qualificació especialment interessant per als reus, ja que suposa per a ells que tots els actes concrets de tràfic de drogues que cometin quedaran compresos en una sola condemna per un sol delictes de tràfic de drogues. Aquesta qüestió és de vital importància, i és que una consideració en sentit contrari suposaria l'aplicació de les normes del concurs real de

⁴⁴ STS 23.9.2014 (RJ: 603/2014; MP: Andrés Martínez Arrieta); STS 6.11.2014 (RJ: 726/2014; MP: Andrés Palomo del Arco); STS 26.11.2014 (RJ: 787/2014; MP: Andrés Martínez Arrieta); STS 25.10.2016 (RJ: 798/2016); STS 25.5.2017 (RJ: 379/2017).

delictes fins a les últimes conseqüències, cosa que allargaria enormement les condemnes dels encausats.

El problema que es planteja amb aquesta consideració, que va ser ràpidament resolt pel TS, és relatiu al requisit de la pluralitat de delictes, i és que si tots els actes concrets de tràfic es recullen en un únic tipus global, en una única condemna per un únic delicte de tràfic, el compliment d'aquest requisit esdevé gairebé impossible. La resposta donada pel TS davant d'aquest argument és que a efectes de la determinació de conductes constitutives d'un delicte de pertinença a organització o grup criminal, aquesta particularitat resulta irrellevant, entenent que el que importa d'aquestes figures és la vocació dels implicats de realitzar una pluralitat d'activitats delictives, amb independència de la seva qualificació com a delictes independents, continuats o globals⁴⁵.

Si bé és cert que aquesta argumentació pot semblar molt autoritària, en el sentit que implica afirmar obertament que una qüestió que planteja un problema real i existent no és tinguda en compte pels tribunals, no considero que el TS vagi errat en aquest cas, si bé és cert que una justificació més curosa no faria mal a la jurisprudència. Personalment, entenc que el fet de considerar els delictes de tràfic com un tipus global és quelcom que els òrgans jurisdiccionals han considerat adient en veure quines eren les conseqüències de l'alternativa, el concurs real de delictes i, per tant, amb l'objectiu d'evitar penes privatives de llibertat més elevades d'allò que podria resultar necessari. Es tracta per tant d'una decisió més aviat de política criminal pensada per afavorir el reu. No obstant, aquesta decisió de política criminal no pot suposar entendre que efectivament només s'ha produït un acte de tràfic, ans al contrari, i és que una decisió de caràcter merament jurídic sobre com ha de ser qualificada o entesa una determinada conducta no afecta a allò que fàcticament s'ha dut a terme en el passat.

6. Altres consideracions rellevants

Una vegada analitzats els diferents elements típics, es busca en aquest apartat realitzar algunes consideracions que considero rellevants respecte d'aquestes tres figures. Amb aquestes consideracions el que es busca no és una diferenciació dels tipus d'organització i grup i la figura de la coautoría, sinó més aviat delimitar el seu àmbit d'aplicació.

⁴⁵ STS 1.4.2013 (RJ: 309/2013; MP); STS 18.6.2015 (RJ: 399/2015; MP: Carlos Granados Perez).

6.1 Actes preparatoris

La primera d'aquestes qüestions és relativa a la diferència entre la conspiració i el delictes d'organització o grup criminal, i és que es tracta d'una qüestió de la màxima importància, sobretot tenint en compte que els actes preparatoris només són punibles per a determinats delictes.

La jurisprudència del TS distingeix conceptualment la delinqüència organitzada de la conspiració, tot afirmant que “no pot conceptuar-se en una organització criminal la ideació i combinació de funcions entre diversos partícips per a la comissió d'un únic delictes”⁴⁶. El TS⁴⁷ coincideix amb la Fiscalia General de l'Estat⁴⁸ en entendre que a diferència del que passa amb els delictes de delinqüència organitzada, la conspiració és un acte preparatori que queda absorbit pel delictes posterior i que, per tant, no es pot castigar de manera acumulativa amb aquest. D'altra banda, els delictes recollits en els articles 570 bis i ter CP són autònoms, cosa que implica que la seva pena s'acumula a la del delictes principal, bé sigui a través d'un concurs real, bé sigui a través de l'aplicació d'un subtipus agreujat.

Una altra diferència que assenyala el TS és relativa a les persones que reben sanció. En el cas de la conspiració només són castigats aquells que finalment participen del delictes concret, llevat dels casos en què la pròpia conspiració és punible, mentre que tots els membres d'un grup o organització criminal seran castigats, amb independència que finalment acabin prenent part del delictes concret a realitzar.

El principal motiu que justifica aquest tracte diferenciat és el fet que si bé en ambdós casos hi ha una concertació de persones per cometre un delictes, en el cas de la conspiració ens trobem amb una unió que s'esgota amb un únic delictes, mentre que les formes de concertació previstes en els articles dedicats a la delinqüència organitzada tenen una certa capacitat de permanència en el temps i, en paraules del TS, suposen la programació d'un pla delictiu que traspasa els límits de la concreta realització futura d'un determinat il·lícit.

⁴⁶ STS 2.7.2012 (RJ: 544/2012; MP: Julian Artemio Sanchez Melgar).

⁴⁷ STS 5.12.2013 (RJ: 950/2013).

⁴⁸ Circular FGE 2/2011.

6.2 Consumació

Pel que fa al moment de la consumació dels delictes d'organització i grup, veiem que no és necessari haver participat en els actes punibles o que hi hagi un principi d'execució del delictes fi per tal d'entendre consumat el delictes d'organització, sinó que l'acreditació d'alguna actuació que permeti deduir que els integrants han passat del pensament a l'acció és suficient⁴⁹. El que és important aquí és, doncs, que existeixi una voluntat real d'atemptar contra el bé jurídic protegit pel tipus penal del delictes fi, que es creï un risc típicament rellevant que aquest bé jurídic sigui lesionat⁵⁰.

FARALDO CABANA recolza aquesta posició⁵¹ i exposa que, si bé és conceptualment possible la temptativa en els delictes de pertinença i direcció d'organització o grup criminal (pensant en els casos en què no s'aconsegueixi accedir a l'organització o al grup, o en què no s'aconsegueixi ocupar la plaça de direcció dels mateixos), una vegada assolit aquest estatus, ens trobem en un estadi de antijuridicitat permanent que només acabarà amb un acte de voluntat que suposi l'abandonament de l'agrupació o la dissolució de la mateixa.

Aquestes actuacions poden ser:

- La captació de nous membres
- La formació
- L'aprovisionament de mitjans materials
- La preparació i execució d'accions o l'ajuda a aquells que les preparen o executen

6.3 Filials i matrius

La complexitat de les organitzacions criminals ha augmentat sensiblement amb el pas dels anys, de tal manera que organitzacions que tradicionalment havien centrat la seva actuació en un àmbit territorial concret han saltat a un àmbit d'actuació internacional. Això ha provocat l'aparició de corpuscles, petits grups dependents de la gran organització d'una manera o d'una altra però que gaudeixen de certa autonomia. Aquesta estructura recorda als hòldings o societats de cartera, estructures provinents del dret mercantil de societats però que són útils per representar aquesta realitat que descriu. El cas és que cal determinar quina és la responsabilitat

⁴⁹ STS 22.11.2016 (RJ: 878/2016; MP: Andrés Palomo del Arco); Circular FGE 2/2011.

⁵⁰ LLOBET ANGLÍ, Mariona (2020), "Miembros y colaboradores de organizaciones criminales —en especial, terroristas—: ¿Quién es qué y quién no es?", *Indret 4/2020* (www.indret.com).

⁵¹ FARALDO CABANA (2012), ob. cit., pàgs 335-343.

penal d'aquests corpuscles, denominats filials tot seguint els conceptes propis del dret de societats, pel que fa a la seva integració en l'organització criminal, que rep el nom de matriu.

Sobre aquesta qüestió s'ha pronunciat el TS, tot considerant que la responsabilitat criminal de les filials pel que fa als delictes de delinqüència organitzada s'ha de determinar en el cas per cas en atenció al grau de col·laboració i integració en l'organització que tingui aquesta filial. Per tant, és possible que una agrupació de persones col·labori amb una organització criminal però no la integri⁵². En tot cas, cal tenir en compte que la no integració en l'organització criminal no obsta el fet que aquesta filial pugui constituir una organització o un grup criminal per si mateixa⁵³.

7. Conclusions

Quan tractem el tema de la delinqüència comesa per més d'una persona, cal observar tres estructures possibles: l'organització criminal, el grup criminal i la coautoria, cosa que requereix de l'anàlisi dels diferents elements típics previstos pel CP: el grau d'organització, l'estabilitat, el nombre de persones implicades i la finalitat. Com es pot desprendre de tot el que s'ha recollit en aquest text, la determinació sobre l'existència d'aquests elements no és senzilla ni té una resposta binària clara, sinó que requereix d'un estudi profund de la situació concreta per arribar a determinar la concurrència o mancança de cadascun d'ells.

La qüestió, però, no s'acaba aquí, sinó que, com en qualsevol altre àmbit en què s'emprin paraules, la vaguetat de les mateixes i la seva textura oberta donen lloc a discussions i debats sobre el seu abast. Tot i així, considero que en l'àmbit del dret penal hi ha una línia directora, un fil conductor, que no s'ha de perdre mai de vista i sempre s'ha de respectar: la literalitat de la llei i el principi de legalitat. No podem retorçar les paraules fins que aconseguim que diguin allò que volem que diguin, fins el punt de subvertir el seu significat original, i és per això que he volgut dedicar aquestes pàgines a contribuir a distingir aquestes figures, a aclarir el significat concret de les paraules que el CP recull en el seu text, per tal d'insistir en allò que no hauria de necessitar de reiteracions, i és que dos són dos per més que volguéssim que fossin tres, i ho he fet amb l'objectiu d'evitar que, com a conseqüència d'aquestes manipulacions, algú sigui condemnat injustament.

⁵² Veure apartat 4.1.

⁵³ STS 6.4.2016 (RJ: 277/2016; MP: Antonio del Moral Garcia).

En aquest sentit, considero que s'hauria de fer que la codelinquència torni a ser el "calaix de sastre" que mai hauria hagut de deixar de ser, i que el grup criminal recuperi el lloc que li correspon com a supòsit excepcional de delinqüència organitzada. Que només aquells casos amb una gran estructura, ferma, estable i consistent, amb un règim intern que no necessàriament sigui jeràrquic, i que denotin una voluntat de mantenir-se de manera indefinida en l'exercici de la seva activitat delictiva, siguin condemnats pel delictes d'organització criminal. Que només aquells casos en què aquesta estructura sigui més simple, més barroera i que denoti certa voluntat de permanència en el temps, si bé menor que la del cas anterior, siguin castigats pel delictes de grup criminal. Per tal de fer això possible, crec que una bona manera és abandonar la utilització de la definició negativa donada per la Decisió Marc 2008/841/JAI, ja que suposaria deixar de delimitar el grup criminal a costa de posar límits a la codelinquència.

Dit això, hi ha extrems que són i han de ser objecte de discussió per tal d'arribar a uns consens sobre el seu abast i el seu contingut, i qüestions sobre les quals no és possible establir una definició estanca, com és el cas del grau d'organització. En aquests casos, considero apropiada i molt encertada la feina de doctrina i jurisprudència d'establir una sèrie de criteris orientadors que permetin a aquell que estigui estudiant un cas concret arribar a la seva pròpia conclusió, cosa que en aquest àmbit concret s'aconsegueix fent ús de la prova indiciària. Afirmo que aquest sistema és adequat pel fet que fer servir definicions tancades en qüestions com aquesta resulta inútil, i és que una cosa està clara, la imaginació i la capacitat d'inventiva dels humans sempre anirà per davant de la legislació. Exigir una estructura jerarquitzada per tal de poder afirmar que una agrupació està organitzada en el sentit de l'article 570 bis CP, fa que quedin fora del seu àmbit d'aplicació els casos d'agrupacions organitzades en xarxa i qualsevol altra estructura que els seus integrants es puguin inventar. D'altra banda, fer servir l'estructura jerarquitzada com un indicatiu de l'existència d'una organització em sembla un gran encert.

A través de tota aquesta investigació, crec haver assolit l'objectiu que em proposava quan vaig començar la recerca i que he intentat que sigui present en cada línia i cada pàgina d'aquest treball: entendre de la millor manera possible quins són els criteris emprats pels operadors jurídics i la doctrina per diferenciar entre l'organització i el grup criminals i la coautoria i exposar-los en forma d'estat de la qüestió per tal que siguin comprensibles per qualsevol que llegeixi aquest treball i per, de nou, contribuir a la resolució d'un problema tan greu com la manca de delimitació d'uns tipus penals amb penes privatives de llibertat tant elevades.

8. Bibliografía

1. BOCANEGRA MÁRQUEZ, Jara (2019) “*Tratamiento jurídico penal de las organizaciones y grupos criminales: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*”, https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/87607/TESIS_DEFINITIVO.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
2. BOCANEGRA MÁRQUEZ, Jara (2020), *Los delitos de organización y grupo criminal: Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Bosch Editor, Barcelona.
3. FARALDO CABANA, Patricia (2012), *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal Español*, Tirant lo Blanch, València.
4. FERNÁNDEZ DE PAIZ, Rafael (2013), “Los grupos criminales: la sinrazón de una reforma”, *Diario La Ley* n° 8060 (<https://revistas.laley.es/content/Inicio.aspx>).
5. LLOBET ANGLÍ, Mariona (2020), “Miembros y colaboradores de organizaciones criminales —en especial, terroristas—: ¿Quién es qué y quién no es?”, *InDret* 4/2020 (www.indret.com).
6. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2007), *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
7. ROMA VALDÉS, Antonio (2012), “El delito de organizaciones y grupos criminales”, *Estudios jurídicos* (https://www.academia.edu/2394755/EL_DELITO_DE_ORGANIZACIONES_Y_GRUPOS_CRIMINALES).
8. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1997), *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Bosch, Barcelona
9. SOLER, Sebastián (1987), *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.

9. Taula de jurisprudència

Tribunal i data	Referència	Magistrat Ponent
STS, 8.7.2004	RJ 899/2004	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 22.10.2004	RJ 1167/2004	Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre
STS, 10.3.2006	RJ 278/2006	Jose Manuel Maza Martín
STS, 23.1.2007	RJ 55/2007	Jose Manuel Maza Martín
STS, 20.10.2009	RJ 921/2009	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS, 1.7.2010	RJ 628/2010	Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre
STS, 7.7.2010	RJ 685/2010	Manuel Marchena Gómez
STS, 15.7.2010	RJ 705/2010	Andrés Martínez Arrieta
STS, 15.7.2010	RJ 764/2010	Carlos Granados Pérez
STS, 14.4.2011	RJ 293/2011	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 29.4.2011	RJ 312/2011	Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre
STS, 26.7.2011	RJ 880/2011	Julián Artemio Sánchez Melgar
STS, 29.2.2012	RJ 110/2012	Perfecto Agustín Andrés Ibáñez
STS, 4.5.2012	RJ 331/2012	Jose Ramón Soriano Soriano
STS, 2.7.2012	RJ 544/2012	Julián Artemio Sánchez Melgar
STS, 1.4.2013	RJ 309/2013	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 9.10.2013	RJ 719/2013	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS, 12.11.2013	RJ 849/2013	Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre

STS, 11.11.2013	RJ 855/2013	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS, 5.12.2013	RJ 950/2013	Julián Artemio Sánchez Melgar
STS, 9.1.2014	RJ 1035/2013	Alberto Gumersindo Jorge Barreiro
STS, 13.2.2014	RJ 82/2014	Joaquín Giménez García
STS, 13.4.2014	RJ 251/2014	Ana María Ferrer García
STS, 16.4.2014	RJ 337/2014	Francisco Monterde Ferrer
STS, 7.5.2014	RJ 371/2014	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 24.6.2014	RJ 513/2014	Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre
STS, 23.9.2014	RJ 603/2014	Andrés Martínez Arrieta
STS, 21.10.2014	RJ 689/2014	Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre
STS, 6.11.2014	RJ 726/2014	Andrés Palomo del Arco
STS, 26.11.2014	RJ 787/2014	Andrés Martínez Arrieta
STS, 4.5.2015	RJ 314/2015	Julián Artemio Sánchez Melgar
STS, 18.6.2015	RJ 399/2015	Carlos Granados Pérez
STS, 13.10.2015	RJ 644/2015	Carlos Granados Pérez
STS, 16.12.2015	RJ 774/2015	Jose Manuel Maza Martín
STS, 6.4.2016	RJ 277/2016	Antonio del Moral García
STS, 3.5.2016	RJ 378/2016	Andrés Palomo del Arco
STS, 25.10.2016	RJ 798/2016	Juan Saavedra Ruíz
STS, 22.1.2016	RJ 878/2016	Andrés Palomo del Arco
STS, 12.12.2016	RJ 920/2016	Andrés Martínez Arrieta

STS, 3.5.2017	RJ 312/2017	Carlos Granados Pérez
STS, 25.5.2017	RJ 379/2017	Julián Artemio Sánchez Melgar
STS, 16.1.2018	RJ 15/2018	Antonio del Moral García
STS, 24.1.2018	RJ 39/2018	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS, 19.2.2018	RJ 86/2018	Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
STS, 19.7.2018	RJ 369/2018	Luciano Varela Castro
STS, 18.10.2018	RJ 485/2018	Vicente Magro Servet
STS, 19.12.2018	RJ 671/2018	Luciano Varela Castro
STS, 8.10.2019	RJ 457/2019	Pablo Llarena Conde
STS, 28.1.2020	RJ 682/2019	Antonio del Moral García
STS, 17.2.2020	RJ 51/2020	Carmen Lamela Díaz
STS, 15.10.2020	RJ 510/2020	Carmen Lamela Díaz